

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

ADRIANO CARDOSO PRIMO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, IMEDIATA E GENÉRICA DAS SENTENÇAS
CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL-RO
2017**

ADRIANO CARDOSO PRIMO

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, IMEDIATA E GENÉRICA DAS SENTENÇAS
CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do Professor Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho.

Cacoal–RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

C268e Cardoso Primo, Adriano .

A execução provisória, imediata e genérica das sentenças condenatórias do Tribunal do Júri / Adriano Cardoso Primo. -- Cacoal, RO, 2017.

58 f.

Orientador(a): Prof. Esp. Antônio Paulo dos Santos Filho

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1.Execução provisória. 2.C condenação - Sentença. 3.Tribunal do júri. 4.HC 118.770 STF. 5.HC 126.292 STF. I. Santos Filho, Antônio Paulo dos. II. Título.

CDU 343.2

**A EXECUÇÃO PROVISÓRIA, IMEDIATA E GENÉRICA DAS SENTENÇAS
CONDENATÓRIAS DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Por

ADRIANO CARDOSO PRIMO

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor Especialista Antônio Paulo dos Santos Filho – UNIR – Presidente

Professora Mestre Ozana Rodrigues Boritza - Membro

Professora Mestre Sônia Mara Nita- Membro

Conceito:93

Cacoal-RO, 13 de dezembro de 2017

À Geane, minha esposa; minha
filha Ana Luísa e ao meu filho,
concebido recentemente.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por ter abençoado a mim e a minha família com muita saúde. Em segundo lugar, agradeço à minha esposa Geane da Silva Correia e à minha filha Ana Luísa Correia Cardoso, que carinhosamente me incentivaram e pacientemente suportaram minha ausência, durante um longo período.

Agradeço a toda a minha família, em especial à minha mãe, Marise Elizabeth Borges, e ao meu pai, Joaquim Cardoso Primo – um trabalhador, que nunca reclama e tem sempre um sorriso no rosto e uma palavra estimulante e encorajadora – pessoas que sempre se esforçaram para oferecer o que há de melhor a mim e ao meu irmão. Agradeço também ao Tio João Cardoso da Silva, que abraçou seus sobrinhos como poucos fariam, assim como a Tia Maria Lia da Silva, pois me acolheram em sua casa, e compartilharam comigo tudo aquilo que ofereceram aos meus primos.

Da mesma forma, agradeço ao Tio Luiz Cardoso Sobrinho, que me recebeu em sua casa e ofereceu palavras de carinho e a atenção, que contribuíram imensamente para o desenvolvimento de minhas virtudes.

Meus agradecimentos também à tia Adileia e ao tio José Messias Cardoso, mais do que tio, um irmão mais velho, aquele amigo que sempre te faz acreditar em si mesmo.

Aos tios: Antônio Cardoso Maria Francisca Cardoso, Ana Rosa Cardoso e Lourdes Cardoso, exemplos de luta e perseverança, em quem me espelho nas batalhas da vida.

Ao tio Elso, o maior pai de família que conheço. Aquele que atingir 50% das virtudes desse homem, enquanto pai e marido, é um vencedor!

Ao tio Victor Pereira, e à tia Senhorinha Cardoso, aquela que nunca se cansa e sempre encontra uma forma de ajudar.

Ao tio Nilson Albarez, por quem tenho profunda admiração e respeito, e à tia Lourdes, uma vitoriosa, que por mais simples que possam parecer suas atitudes, são sempre carregadas dos melhores valores que o ser humano possui. Provavelmente a mulher mais guerreira que conheço.

Ao meu irmão Jesuel Cardoso Primo, que apesar da distância, está sempre no coração, assim como a Irani Borba, que pacientemente zela do meu pai e me

trata com muito carinho.

Aos meus primos: Marcos Alvarez da Silva, Marta Alvarez da Silva e Izabel Alvarez da Silva, verdadeiros primos-irmãos, por quem tenho um carinho muito grande, que se estende a suas famílias: Cássia, Onaldo “Batalhador”, e ao Juliano Carleto, um ser humano maravilhoso, a quem não tenho palavras para agradecer.

Aos meus primos Alessandro Cardoso Pereira e sua família, bem como à Patrícia Cardoso Pereira, prima que representa a alegria em forma de gente.

Aos meus primos: Eunice Aparecida Cardoso, Ana Carolina Cardoso, José André Cardoso e João Paulo Cardoso, que, sem egoísmo, compartilharam comigo a casa dos seus pais, dividindo o quarto, a camiseta, o perfume e tudo mais que este Abelha se metia a usar. Muito obrigado! Em que pese não existir palavras capazes de traduzir minha gratidão.

O mesmo digo aos primos: Willian Andrade Cardoso, Morgana Antunes Cardoso e Luiz Elias Antunes Cardoso.

Ao tio Bento e, *in memória*, tia Antônia; e aos primos: Helena, Antônio, Dirceu, José, Leonardo e Paulo.

Aos tios: Dinei, Euclides “Cride”, Maria, Laércio, e suas respectivas famílias.

Agradeço também aos primos: Vinícius, Juliana, Fabiano, Júnior, Solange, Regiane, Renata, Cecília, Kétila, Natália, Daniela, Rafaela Andreia, Simone, Joaquim, e aos tios: Emídio, Suely e Gissela.

Aos meus sogros Edmilson Correia Gimenez e Terezinha Ribeiro, e à minha cunhada Geise Correia da Silva e seu esposo Marcos Roberto. E aos amigos Silvana e Júlio César “Preto”.

Agradeço aos amigos: Edvaldo Rosa Ferreira, Wesley Evangelista Barbosa, Adilson Nunes, Valter Bellei, Ciro do Carmo Maciel, Ísis Maciel do Carmo, Alessandro Maciel do Carmo, Aline Maciel do Carmo, Edvonaldo, Eva, Iron, Themístocles Costa Neto, Maria Áurea Saldanha Gontijo Fuzari, Valter Pimenta e Rubens *in memória*.

Aos colegas da Associação dos Acadêmicos de Alta Floresta D’Oeste, em nome do Presidente José Cláudio da Silva “Karl”, Pablo “El Pablito” e José da Costa “Zezinho motorista”.

Aos amigos: Elton, Luna, Hígor e Marcelo, que compartilham comigo, além do transporte diário para o trabalho, momentos de muita alegria.

Aos amigos de turma, principalmente à Raquel e à galera do “ético” - Fábio

“Pai de todos, Avelino “Comandante”, Aécio “Loirinho, Deise “Mano” Carlinhos e Diogo Brod “a dupla dinâmica” Josué “Vernal”, Jackson “Mala”, Klinger “Kelvin” e Jeferson “Cabra da Peste” - que compartilharam momentos de conhecimento, alegria, mentiras e lorotas com este Pigmeu.

Por fim, a todos os meus professores, em especial ao Professor Orientador Antônio Paulo dos Santos Filho, que com toda prestatividade me auxiliou durante a pesquisa.

Considerando a impossibilidade de citar os nomes de todos que de alguma forma me ajudaram a alcançar mais esta vitória, deixo meus agradecimentos mesmo que seu nome não esteja na lista.

Assim, encerro declarando meus agradecimentos a todos, para que saibam que sou grato a cada um dos senhores. MUITO OBRIGADO A TODOS!

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”.

(Simone de Beauvoir)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, realizado por meio de pesquisa bibliográfica, tem por finalidade analisar a possibilidade de violação do princípio da inocência, elencado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, perante a soberania dos veredictos no Tribunal do Júri, prevista também no, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Carta Magna, conforme tese do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Sob o argumento de a apelação não poder substituir a decisão do Júri, limitando-se, no máximo, a determinar a realização de novo julgamento, prevaleceu no julgamento desta Corte a tese de que a soberania dos veredictos é instituto idôneo a consolidar a formação da culpa, sem violar o princípio da presunção da inocência. A pesquisa busca questionar a suficiência das decisões do tribunal do júri, no tocante à execução provisória da pena, sem que o réu preencha os requisitos de cautelaridade, previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Palavras-chave: Presunção de inocência. Soberania dos Veredictos. Execução Provisória.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze the possibility of violating the principle of innocence, listed in article 5, item LVII, of the Federal Constitution, before the verdicts of the jury, also provided for in article 5, paragraph XXXVIII, letter "c", of the Magna Carta, according to the judgment of Habeas Corpus No. 118,770, of the First Panel of the Federal Supreme Court. On the grounds that the appeal can not replace the decision of the Jury, limiting at most to determining the retrial, the Court prevailed that the sovereignty of the verdicts is an institute suitable to consolidate the formation of the guilty, without violating the principle of the presumption of innocence. The investigation seeks to question the sufficiency of the decisions of the jury's court regarding the provisional execution of the sentence, without the defendant fulfilling the requirements of caution, provided for in articles 312 and 313 of the Code of Criminal Procedure.

Keywords: Presumption of innocence. Sovereignty of the Verdicts. Provisional execution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO PENAL	13
1.1 CONCEITO.....	13
1.2 O DIREITO DE PUNIR – SISTEMA INQUISITIVO X SISTEMA ACUSATÓRIO ..	13
1.3 Paridade como Ficção Jurídica	23
2 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA	25
2.1 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA.....	25
3 O <i>HABEAS CORPUS</i> n.º 118.770, DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	39
3.1 O EFEITO SUSPENSIVO E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO	41
3.2 A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO	55

INTRODUÇÃO

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem gradualmente reduzido o alcance do princípio da inocência, flexibilizando sua aplicação. Destacaram-se as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e n.º 44, posteriormente e com maior visibilidade o *Habeas Corpus* n.º 126.292, e o Agravo em Recurso Extraordinário n.º 964.246-RG -SP, e, mais recentemente, o *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Como desdobramento desse movimento jurisprudencial, o *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, inaugurou a tese da execução provisória genérica e imediata da sentença penal condenatória do Tribunal do Júri, incorporando o discurso da execução provisória da pena diante da impossibilidade de se discutir matéria de fato, no recurso de apelação do tribunal do júri.

Inaugurando dessa forma o debate sobre a ponderação entre o princípio da presunção da inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal do Brasil, com o princípio da soberania dos veredictos, resguardado no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, também da Lei Maior.

Diante dessa nova leitura do tema, ora em voga, torna-se primordial uma análise que corrobore para a formulação e consolidação de posicionamentos jurídicos, acerca da complexidade dos elementos que compõem a discussão.

Enobrecendo assim, os diferentes discursos que justifiquem ou se contrapunham à execução provisória, imediata e genérica da sentença penal condenatória do tribunal do júri.

A presente oscilação jurisprudencial se fundamenta no discurso de que a justiça criminal não está cumprindo uma de suas principais funções - a prevenção geral - já que a mora processual seria, nesta ótica, uma das causas da impunidade e

por consequência do aumento na criminalidade.

Por outro lado, questiona-se a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, acerca deste tema, já que além de o texto constitucional ser claro quanto a necessidade de trânsito em julgado para o início do cumprimento da pena, a apelação possui efeito suspensivo, conforme estabelecido no Código de Processo Penal, o que não se coaduna à possibilidade da execução provisória. Nesta perspectiva, ainda se analisa a interpretação realizada pelo Ministro Barroso, no tocante à ponderação entre a soberania dos veredictos e a presunção da inocência, dois princípios constitucionais.

Numa perspectiva dialética, a pesquisa tem como escopo promover o debate sobre a viabilidade da tendência jurisprudencial que predominou no *Habeas Corpus* n.º 118.770. Dessa forma, o texto foi estruturado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo descreve algumas disparidades existentes no processo penal, no tocante à paridade de armas entre acusação e defesa, demonstrando situações - algumas previstas legalmente, outras inerentes à prática forense – que dificultam a evolução do processo penal, numa interpretação à luz do texto constitucional, de forma a se extinguir elementos inquisitórios, a fim de se promover o sistema acusatório.

O segundo capítulo trata especificamente da presunção da inocência e da oscilação jurisprudencial nos tribunais superiores. Destaca os principais pontos do *Habeas Corpus* n.º 126.292, do Supremo Tribunal Federal, realizando o confronto entre a tese vencedora e os votos divergentes.

O terceiro capítulo traz uma análise da tese do *Habeas Corpus* n.º 118.770 da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, indicando algumas incongruências existentes no raciocínio do Ministro Barroso, a partir da cognição dos votos divergentes dos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio, bem como de outras jurisprudências e apontamentos doutrinários.

Ao final, em atendimento ao propósito inicial da pesquisa, são realizadas algumas considerações sobre a exegese constitucional promovida pelo Excelso Tribunal, na construção da tese de que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO PENAL

1.1 CONCEITO

Diante de uma variedade de conceitos de processual penal, percebe-se que não é possível fugir à literalidade das palavras. Desta forma, o processo penal se apresenta como um instrumento necessário ao poder de punir, devendo ser observada toda a carga procedimental nele existente, como forma de respeito às garantias estabelecidas aos sujeitos processuais e adequação aos princípios que regem o processo penal sob o prisma da Constituição Federal.

1.2 O DIREITO DE PUNIR – SISTEMA INQUISITIVO X SISTEMA ACUSATÓRIO

As mudanças no processo e na pena se relacionam historicamente entre si. A formação do Estado Moderno e o progressivo monopólio estatal do poder de punir, em detrimento da vingança privada, alavancaram os critérios de justiça. De acordo com Goldschmidt (1961, p. 67):

[...] los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución. Partiendo de esta experiencia, la ciencia procesal ha desarrollado un número de principios opuestos constitutivos del proceso.

Como explica Lopes Jr. (2017, p. 40) fundamentado na teoria do processo do escritor italiano Elio Fazzalari, que defende ser o contraditório inerente ao processo.

A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende da sentença. Isso reforça a unidade do processo e exige (re)pensar a teoria das nulidades. Com FAZZALARI o conceito e a amplitude da teoria da “contaminação” adquire outra dimensão, à luz da unidade processual por ele concebida e o atrelamento de todos os atos ao provimento final, havendo uma relação de prejudicialidade na dimensão da validade entre eles. [...] A teoria de FAZZALARI deve ser pensada em conjunto com o pensamento de GOLDSCHMIDT, contribuindo decisivamente para a construção de um processo penal democrático e constitucional que preze pelo contraditório e as demais regras do jogo (devido processo).

Nessa perspectiva é preciso intensificar, no processo penal brasileiro, os elementos processuais que caracterizam o sistema acusatório, tendo em vista a existência de práticas inquisitoriais, que promovem uma supervalorização e instrumentalização da acusação em detrimento da defesa. Assim, a paridade de armas fica prejudicada, de maneira que não exista a equidistância das partes em relação ao órgão jurisdicional.

Não basta a separação entre os órgãos de acusação e de jurisdição, é necessário que as atribuições do órgão jurisdicional não se confundam com as da acusação. No Brasil, a oficiosidade do órgão acusador, o Ministério Público, por si só tem relevância na relação processual, pois ambos representam órgãos oficiais, logo, há uma relativa proximidade entre os seus membros. Assim, a linha que delimita as respectivas atribuições é tênue e não deve ser ultrapassada, sob pena de prejuízo à imparcialidade do magistrado.

Com efeito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2015, p. 77) lecionam que:

O caráter de imparcialidade é inseparável dos órgãos exercentes da jurisdição. O juiz, e do mesmo modo o árbitro, coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possam exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do julgador é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.

A incapacidade subjetiva do juiz, ou do árbitro, que se origina da suspeita de sua parcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar sua imparcialidade, as Constituições lhe estipulam garantias (Const., art 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par.), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par.) e proíbem juízos e tribunais de exceção (ar. 5º, inc. XXXVII).

[...]

A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial – e o Estado, que assumiu a responsabilidade do exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.

[...]

As organizações internacionais também se preocupam em garantir ao indivíduo a imparcialidade dos órgãos jurisdicionais competentes. Como só a jurisdição subtraída a influências estranhas pode configurar uma justiça em que dê a cada um o que é seu e somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas também ético, para a solução dos conflitos interindividuais com justiça, o moderno direito internacional não poderia ficar alheio ao problema das garantias fundamentais do homem nem relegar a eficácia do sistema de proteção dos direitos individuais à estrutura constitucional de cada país. Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana – entre eles o direito ao juiz imparcial

A declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na proclamação

feita pela Assembleia-Geral das Nações Unidas reunida em Paris em 1948, estabelece: “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

Por vezes, em razão da oficiosidade do órgão acusatório, o ônus da prova, aparenta ser da defesa. A credibilidade atribuída aos membros do Ministério Público, enquanto representantes estatais, se confunde com a veracidade das acusações, como se a carga probatória fosse ônus da defesa.

Na última década, o processo penal passou por uma fase de aumento da visibilidade no Brasil, tendo em vista a criação da TV Justiça que passou a transmitir, ao vivo, as audiências do Supremo Tribunal Federal, bem como as diversas ações que envolveram personagens políticas bastante conhecidas, como a ação penal 470, do STF, ou mesmo os desdobramentos da Operação Lava Jato. Nesse período, a sociedade brasileira desenvolveu um senso de justiça bastante contaminado pela concepção de que o processo penal cumpre sua função com a condenação, desconsiderando o contraditório, a ampla defesa e as garantias a ela vinculadas, bem como criminalizando a imagem e a função do advogado criminal.

Nesse sentido destacam Mendes e Carvalho (2017, s.p.):

A espetacularização do processo penal é hoje parte da indústria do entretenimento. Um segmento rentável para setores da grande mídia capazes de cegar, ensurdecer e alimentar o “público” com a satisfação de um certo sadismo demonizador do direito de defesa. Por outro lado, nestes nossos tempos de dogmática penal e processual apática e simplista, decorrente do manualismo raso que acomete nossas instituições, o descumprimento de princípios norteadores da *Lex Major* e a flexibilização de garantias fundamentais são males “necessários”, vistos como naturais para que nosso mal-aventurado sistema de justiça criminal preenhe de “privilégios” seja, enfim, expurgado.

A crescente atenção dos meios de comunicação de massa[4], que criam narrações distantes da complexidade dos fatores criminais e humanos postos à apreciação do Poder Judiciário, propicia perspectivas maniqueístas e sensacionalistas[5], transformando o caso penal, a depender do fascínio exercido pela conduta pretensamente perpetrada, em fantasiosa luta do bem contra o mal, personificado no cidadão sentado no banco dos réus e do advogado/a que está ao seu lado.

[...]

Como bem já referiu Salo de Carvalho, em pesquisa de campo realizada com os membros do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul[10], embora 48% tenha respondido que, em escala de prioridades, ser o papel do *parquet* a tutela dos direitos e garantias individuais, mais da metade dos componentes do órgão ministerial gaúcho (54,4%), identificou-se com as políticas de tolerância zero, em oposição a 8,2% dos que afirmaram ser influenciados e influenciadas pelo garantismo penal. Na magistratura o cenário foi semelhante, com adesão integral ou parcial a correntes punitivistas, sobretudo por parte dos juízes de piso[11]. Em um contexto

como este, resta ao defensor no cotidiano do exercício de seu mister, não raro humilhante, além de reagir à imputação de crimes visando a minimização dos efeitos da criminalização ou da punição ante a restrição de sua atuação em razão dos demais atores do sistema penal, que anulam direitos e garantias fundamentais, ter de lidar com a crescente criminalização de sua função.

Percebe-se uma pré-disposição no processo penal à condenação, mas não é esse o seu objeto. Há que se questionar inclusive a concepção de Karl Binding, de pretensão punitiva, pois a acusação não tem, como no processo civil, um crédito enquanto objeto da lide.

Acerca do tema, Lopes Jr. (2017, p. 50-51) frisa que:

No processo penal, o Ministério Público (ou querelante) exerce uma pretensão acusatória, isto é, o poder de proceder contra alguém (*ius ut procedatur*), cabendo ao juiz, acolhendo a acusação, exercer o poder de punir. São portanto, dois poderes distintos: o de acusar e o de punir. Somente se criam as condições de possibilidade de punição por parte do juiz quando o acusador tiver êxito na prova da acusação. O poder de punir é condicionado ao exercício da acusação, até por imposição do sistema acusatório anteriormente analisado.

[...]

No processo penal, quem detém o poder de punir é o juiz e não o Ministério Público. Ao contrário do processo civil, no qual o autor (Ministério Público) não pede a adjudicação de um direito de punir, pois não lhe corresponde esse poder, que está nas mãos do juiz. [...] Por isso, no processo penal o acusador exerce uma pretensão acusatória (*ius ut procedatur*), o poder de proceder contra alguém, que é uma condição indispensável para que, ao final, o juiz exerça o poder de punir.

[...] o objeto do processo penal é uma pretensão acusatória [...]

A maioria doutrinária classifica o sistema processual penal como sendo misto, já que tem uma fase inquisitorial - marcada pelos procedimentos investigatórios, inquérito policial, termo circunstanciado de ocorrência e o procedimento preliminar de investigação do Ministério Público, em que não se garante o contraditório e a ampla defesa, e são presididas administrativamente, pelo Delegado de Polícia, pelo Promotor de Justiça, ou ainda por uma autoridade militar, no caso do inquérito policial militar - e uma fase acusatória ou processual, na qual o procedimento deve ser presidido por um juiz imparcial e responsável por garantir o contraditório e a ampla defesa, devendo ainda se manter numa posição equidistante em relação às partes e inerte quanto à produção de provas.

Lima (2015, p. 41) afirma que:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o

entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da perseguição penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

[...]

É bem verdade que não se trata de um sistema acusatório puro. De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo Contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Em que pese a maior parte da doutrina classificar o Sistema processual penal como sendo misto, os apontamentos do Professor Renato Brasileiro de Lima, são relevantes, pois mesmo a fase inquisitorial deveria evoluir no sentido de respeitar as garantias individuais do investigado, adequando-se aos preceitos constitucionais. Quanto à fase acusatória Lima (2015, p. 41) destaca que:

[...] o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo o juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*.

Historicamente, o processo acusatório tem como suas características a oralidade e a publicidade, nele se aplicando o princípio da presunção de inocência. Logo, a regra era que o acusado permanecesse solto durante o processo. Não obstante, em várias fases do Direito Romano, o sistema acusatório foi escrito e sigiloso.

Quanto à iniciativa probatória, o juiz não era dotado de poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas deveriam ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. Com o objetivo de preservar sua imparcialidade, o magistrado deve deixar a atividade probatória para as partes. Ainda que se admita que o juiz tenha poderes instrutórios, essa iniciativa deve ser possível apenas no curso do processo, em caráter excepcional, como atividade subsidiária da atuação das partes.

No sistema acusatório, a gestação das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através de confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Conforme expõe o Professor Renato Brasileiro, o Código de Processo Penal

possui inspiração fascista, e não poderia ser diferente ao se levar em consideração, que foi produzido em pleno Estado Novo (1937 – 1945), portanto uma produção contemporânea ao regime totalitário italiano, que tanto influenciou o Brasil na Era Vargas (1930 – 1945).

Embora se reconheça na fase processual, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do órgão jurisdicional, elementos do sistema processual acusatório, insta salientar que o Código de Processo Penal outorga ao magistrado algumas prerrogativas que ferem contundentemente a divisão de funções e a própria imparcialidade do juiz.

Dentre os pontos que caracterizam essa distorção, tem-se a possibilidade de o magistrado, de ofício, ordenar a realização de diligências e a produção de provas, conforme preceitua o art. 156, incisos I e II, do CPP, com redação recentemente inserida neste diploma, assim dispondo:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

O dispositivo confere ao magistrado a possibilidade de *ex ofício* produzir provas, ferindo a inércia que deve caracterizar a atividade jurisdicional, uma vez que a gestão de provas é atribuição da acusação. Portanto, a interferência do magistrado neste caso, pode significar um prejuízo ao processo penal, se se levar em consideração que a imparcialidade é um requisito de validade processual.

De forma contundente Lopes Jr. (2017, p. 64-65) critica o dispositivo ao afirmar que:

É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação inicial das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo pena. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.

Nesse contexto, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, a principal garantia da jurisdição,

que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório.

Além de incorrer no erro de manter a figura do juiz-autor, foi mais longe, permitindo no inciso I que o juiz “de ofício”, ordene, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Pronto, consagraram o juiz-instrutor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo formaliza essa decisão.

O juiz deve manter-se afastado da atividade probatória, para ter o alheamento necessário para valorar essa prova. A figura do *juiz-espectador* em oposição à figura inquisitória do juiz-ator é o preço a ser pago para um sistema acusatório.

Mais do que isso, é uma questão de respeito às esferas de exercício de poder. São as limitações inerentes ao jogo democrático.

Enfrentando esses resquícios inquisitórios, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), especialmente nos casos *Piersack*, de 01/10/1982, e *De Cubber*, de 26/10/1984, consagro o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na sua fase processual, ser o julgador. É uma violação do direito ao juiz imparcial consagrado no art. 6.1 do Convenio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Segundo o TEDH, a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva.

Lopes Jr. (2017, p. 66) é enfático ao criticar a gestação das provas pelo órgão jurisdicional, afirmando haver “uma presunção de parcialidade do juiz-instrutor, que lhe impede julgar o processo que tenha instruído”.

Outro ponto a ser analisado, quanto à imparcialidade do magistrado, é a participação deste na fase inquisitorial, pois ao ter contato com os elementos informativos produzidos no inquérito policial, ou mesmo no auto de prisão em flagrante, poderá proferir decisões fundamentadas em conteúdo não submetido ao contraditório e a ampla defesa, portanto, formando uma convicção tendenciosa, que será levada ao processo.

Além do acima mencionado no art. 156, do CPP, várias são as situações em que o Código de Processo Penal insere o Juiz na fase inquisitorial, proferindo decisões lastreadas em elementos de informação não contraditados. Veja alguns dispositivos e suas implicações:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas

ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Apesar de fundamentada a decisão, os fundamentos têm como base o auto de prisão em flagrante delito, lavrado, na maioria das vezes, sem a presença do advogado, que, conforme prevê o art. 7º, XXI, da Lei n.º 8.906, de 1994, tem o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente.

Entretanto, na prática, a maior parte dos flagranteados ou investigados são atendidos pelas Defensorias Públicas, as quais recebem a comunicação, mas dificilmente comparecem à delegacia durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Da mesma forma, a prisão preventiva, que pode ser decretada *ex officio*, na fase processual, em contraposição à inércia que deve distanciar o magistrado das partes.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Assim defende Lopes Jr. (2017, p. 69) crítico da participação *ex officio* do magistrado, bem como de toda sua contaminação com os elementos de informação produzidos em prejuízo do contraditório e da ampla defesa. O autor aponta outras situações jurídicas, como o recebimento da denúncia ou mesmo a decisão de sequestro dos bens do investigado, pois, nestes casos, o magistrado constrói cognitivamente um “pré-juízo” em favor ou desfavor do investigado.

Lopes Jr. (2017, p. 69-72) apresenta sua leitura da Teoria da Dissonância Cognitiva, de Bernd Schünemann, abordando situações que comprometem a imparcialidade dos magistrados.

[...] problema existe no fato de o mesmo juiz receber a acusação, realizar a audiência de instrução e julgamento e posteriormente decidir sobre o caso penal. Existe não apenas uma “cumulação de papéis”, mas um “conflito de papéis”, não admitido como regra pelos juízes, que se ancoram na “formação profissional comprometida com a objetividade”. Tal argumento nos remete a uma ingênua crença na “neutralidade” e supervalorização de uma (impossível) objetividade na relação sujeito-objeto, já tão desvelada pela superação do paradigma cartesiano (ainda não completamente compreendido). Ademais, desconsidera a influência do inconsciente, que cruza e permeia toda a linguagem e a dita “razão”.

Em linhas introdutórias, a teoria da “dissonância cognitiva”, desenvolvida na psicologia social, analisa as formas de reação de um indivíduo frente a duas ideias, crenças ou opiniões antagônicas, incompatíveis, geradoras de uma situação desconfortável, bem como a forma de inserção de elementos de “consonância” (mudar uma das crenças ou as duas para torna-las compatíveis, desenvolver novas crenças ou pensamentos etc.) que reduzam a dissonância e, por consequência, a ansiedade e o estresse gerado. Pode-se afirmar que o indivíduo busca – como mecanismo de defesa do ego – encontrar um equilíbrio em seu sistema cognitivo, reduzindo o nível de contradição entre o seu conhecimento e a sua opinião. É um anseio por eliminação das contradições cognitivas, explica SCHÜNEMANN.

O autor traz a teoria da dissonância cognitiva para o campo do processo penal, aplicando-a diretamente sobre o juiz e sua atuação até a formação da decisão, na medida em que precisa lidar com duas “opiniões” antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), bem como com a “sua opinião” sobre o caso penal, que sempre encontrará antagonismo frente a uma das outras duas (acusação ou defesa). Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito e da denúncia, para recebe-la, é inafastável o pré-julgamento (agravado quando ele decide anteriormente sobre prisão preventiva, medidas cautelares etc.). É de supor – afirma SCHÜNEMANN – que “tendencialmente o juiz a ela se apegará (a imagem já construída) de modo que ele tentará confirmá-la na audiência (instrução), isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoante e menosprezar as informações dissonantes”

[...]

A partir disso SCHÜNEMANN desenvolve uma interessante pesquisa de campo que acaba confirmando várias hipóteses, entre elas a já sabida – ainda que empiricamente – por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Essa teoria explica pontualmente a interferência que o magistrado sofre ao confeccionar uma estrutura lógica, usada posteriormente na elaboração da sentença. Lopes Jr (2017, p. 69-72) ao complementar sua leitura percebe que “os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo”. As informações incriminadoras ratificam um raciocínio inicialmente construído sobre os elementos de informações,

não contraditados.

Atualmente, a concepção de processo vincula-se à ideia de procedimentos estruturados de forma a se garantir o contraditório a ampla defesa, o devido processo legal e ao princípio da presunção da inocência, que será analisado isoladamente no próximo capítulo. O processo deve estar aberto a uma abordagem dialética, já que nem sempre as partes gozam das mesmas prerrogativas, ainda que estejam naturalmente ocupando espaços, que numa análise inicial, aparentam equivalência.

O processo penal, como qualquer outro ramo do direito, deve se submeter aos ditames constitucionais, respeitando direitos e garantias fundamentais, a saber: o contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O princípio do contraditório é requisito essencial para que se produza um processo dialético. Tem como fundamento o enfrentamento de argumentos inerentes às teses de acusação e defesa, possibilitando, dessa maneira, a exposição de motivos e provas que sustentem seus discursos. Fazzalari (2006 p. 37) define processo como procedimento em contraditório, contrário senso, sendo o processo essencial à aplicação da pena, ele só será possível mediante contraditório.

Distintos, contraditório e ampla defesa estão indissoluvelmente ligados entre si, entretanto, Grinover (1992, p. 63) explica que:

[...] é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.

A leitura do processo penal, a partir dos preceitos constitucionais, se mostra essencial à promoção de uma justiça que garanta os direitos fundamentais, reconhecidos historicamente.

1.3 PARIDADE COMO FICÇÃO JURÍDICA

Diante de uma estrutura estatal imensa, a defesa se esforça para garantir ao seu cliente a melhor solução jurídica possível, entretanto, a disparidade é considerável. Com a investigação garantida por uma ferramenta persecutória, a polícia, integralmente voltada a produção de provas que contribuam para a formação de uma construção cognitiva condenatória, dificilmente produz elementos que possam colaborar com a tese defensiva. Da mesma forma, o Ministério Público, com estrutura e orçamento efetivamente superiores aos da Defensoria Pública, que promove a defesa de uma clientela socialmente vulnerável. Ademais, o titular da ação penal é o responsável por exercer o controle externo da atividade policial, conforme o artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, Parentoni (2017, s.p.) destaca que:

Na prática, a paridade de armas no processo penal é mera ficção jurídica
Art. 47 do Código de Processo Penal: “Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou passam fornecê-los.”
Vê-se, então, o poder do Estado esmagando o particular, que fica à mercê dos que acusam, dos que prendem, dos que perseguem, agindo, providenciando, com toda a máquina da polícia e da justiça à sua disposição.

À defesa não é dada a mesma amplitude, em favor do acusado. Para acusar, todo o peso, todo o poder, toda a máquina do Estado está a serviço do acusador.

E note-se, o peso desse poder, num Estado igual a São Paulo, um dos mais aparelhados em sua estrutura policial e judiciária, inclusive na América Latina, a desigualdade é deveras relevante em desfavor do acusado.

Onde fica a tão falada igualdade?

DESVANTAGEM DA DEFESA

Art. 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer diligências, que serão realizadas, ou não, a juízo da autoridade.”

Que autoridade?

Só pode ser a autoridade policial. Logo, o acusado fica sob o arbítrio dessa autoridade. Não tem a defesa, na fase do inquérito policial, faculdade de agir com o mesmo alcance da acusação.

Requerer alguma coisa pode. Ser atendida, fica a critério da autoridade policial.

Daí decorre o arbítrio, as torturas, a corrupção, a morosidade no andamento dos inquéritos policiais, de que todos tomam conhecimento, mas que, infelizmente, bem poucos querem e podem tomar providências a respeito.

Enquanto à acusação é dado poderes para requisitar esclarecimentos e documentos diretamente de quaisquer autoridades.

Resta provado que a igualdade tão cantada, em verso e prosa, não passa, na prática, de mera ficção jurídica.

A proximidade entre o órgão persecutório, o titular da ação penal e o órgão jurisdicional, prejudica a paridade e a equidistância das partes em relação ao magistrado, no processo penal. A realidade forense não materializa os ensinamentos dos manuais.

2 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA

2.1 PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

A presunção da inocência, enquanto elemento histórico do direito, tem sua aplicabilidade marcada por uma descontinuidade, tendo em vista, conforme afirma Lopes Jr. (2017, p. 94) que sua origem:

Remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpa. No Directorium Inquisitorium, EYMERICH orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem, juntos, uma semiprova e isso é suficiente para uma condenação”.

A presunção da inocência, enquanto garantia do investigado, passou por uma ruptura, diante dos métodos inquisitoriais que marcaram a persecução penal na Idade Média. Com a formação do Estado Moderno, inicialmente organizado como monarquias absolutistas, emerge gradualmente a necessidade de se estabelecer limites ao Estado, bem como promover as garantias individuais.

Durante a Revolução Francesa, no dia 26 de agosto de 1789, foi promulgada a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão, inaugurando um novo momento na história dos direitos humanos, principalmente dos direitos individuais, perante os abusos do Estado. A proteção à vida, à liberdade e ao patrimônio foram os objetos jurídicos fundamentalmente protegidos naquele documento.

Referente à presunção da inocência, o diploma estabeleceu parâmetros limitadores às prisões arbitrárias, bem como à aplicação da lei penal anterior ao fato, determinando que o acusado deve ser tratado como inocente até que seja julgado, de acordo com o descrito nos artigos abaixo:

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei

estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Após a Segunda Guerra Mundial, uma nova era se instalou, marcada pela criação da Organização das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, bem como pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da ONU, em 1966. Sempre com apontamentos em direção à presunção da inocência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe que:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que:

Art. 14.2 Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

Na segunda metade do século XX, o movimento constitucionalista pós-guerra, contribuiu para a redefinição do direito constitucional, reestabelecendo a estrutura estatal, em especial com a criação dos tribunais constitucionais, tendo Itália e Alemanha como pioneiros dessa tendência.

Assim, descreve Barroso (2009, p. 52-3) que:

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano germânica. A segunda referência de destaque é a da constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

A partir daí o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). [...] Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de judicial review”.

Com o constitucionalismo moderno, os requisitos de existência, validade e eficácia passaram a se submeter a novos paradigmas, consubstanciando-se materialmente a partir de um enfrentamento sistemático dos fundamentos constitucionais.

Sobre o tema, Feldens (2005, p. 34) explica que:

No moderno Estado constitucional de Direito, a preservação da Constituição em detrimento de qualquer produto legislativo (ato normativo) que lhe seja contrário deve ser aferida sob uma dupla perspectiva, a qual passa pela dissociação dos atributos de vigência e validade da norma. Quer-se dizer: a formação da lei, como ato dotado de significação jurídica, não mais se submete unicamente às regras procedimentais, sobre sua criação (vigência), senão que também envolve um processo de necessária submissão ao conteúdo material decorrente da Constituição (validade).

O Estado constitucional de direito tem suas bases conectadas ao fato de que os elementos de validade sejam determinados por suas normas fundamentais e incorporem tanto os requisitos de regularidade formal, como também aqueles que substanciem premissas de justiça material.

Complementa Feldens (2005, p. 34):

Nessa perspectiva, dissociando os atributos de vigência (validez formal) e validade (validez substancial) da lei, o modelo – ou sistema – garantista (neoconstitucionalista) toma por promover uma substancial alteração à teoria do Direito preconizada pelo juspositivismo clássico. Assenta-se a inovação (modificação de paradigma) na própria estrutura da legalidade, fazendo valer que a edificação do direito positivo encontra vínculos não só quanto à forma (aspecto formal) de produção (relação de existência), mas, com igual intensidade, quanto ao conteúdo (aspecto substancial) produzido (relação de validade). Daí decorre a ideia da Constituição como fundamento não apenas de existência (vigência), mas também de validade da lei, a qual, por tudo quanto se tem dito, há de se vincular-se formal e materialmente àquela; é dizer, um controle não apenas quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo do produto legislativo.

Dessa maneira, sustenta-se o homem como centro da atividade normativa, garantindo-se a paz social enquanto escopo do direito. O respeito aos preceitos constitucionais figura inclusive como desdobramento do princípio democrático, haja vista a promulgação da Constituição ser o produto de uma representatividade desempenhada com base na escolha do povo, no caso do Brasil (1988), uma Assembleia Nacional Constituinte, eleita democraticamente.

Assim, leciona Habermas (2004, p. 243) que:

[...] do ponto de vista normativo, não há Estado de direito sem democracia. Por outro lado, como o próprio processo democrático precisa ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, ao inverso, o respeito a direitos fundamentais sem os quais simplesmente não pode haver um direito legítimo: em primeira linha o direito a liberdades de ação subjetivas iguais, que por sua vez pressupõe uma defesa jurídica individual e abrangente.

Nesse prisma, a Constituição é o parâmetro balizador da justiça, conservando sua gênese democrática, representa a institucionalização da vontade popular e dos valores por ela selecionados, compilados num instituto normativo que se posiciona no topo da pirâmide de Kelsen. Assim, os preceitos constitucionais se sobrepõem a todo o ordenamento jurídico, subordinando a interpretação e a construção cognitiva dos magistrados.

Nesta senda, o Ministro Celso de Melo no *Habeas Corpus* n.º 126.929:

Mostra-se evidente, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira promulgada em 1988 e destinada a reger uma sociedade fundada em bases genuinamente democráticas é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado e à força opressiva do poder, considerado o contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, de qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva “ex parte principis”, cujo efeito mais conspícuo, em face daqueles que presumem a culpabilidade do réu, será a virtual (e gravíssima) esterilização de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: o direito do indivíduo de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foi promulgada num momento da história nacional marcado por inúmeras arbitrariedades cometidas pelos agentes estatais. Há uma representatividade histórica em cada dispositivo constitucional. O país encontrava-se em processo de redemocratização, portanto, os valores eleitos pelo legislador, naquele momento, representam a escolha da sociedade brasileira. Assim, uma interpretação em sentido diametralmente oposto ao texto constitucional significa uma afronta aos valores da democraticamente selecionados pelo povo.

Em que pese as incongruências e a ineficiência do Estado, não há que se falar em suprimir direitos e garantias fundamentais, sob a justificativa de se promover o *jus puniendi* estatal. O conjunto de princípios inseridos na Constituição deve ser preservado, em especial a presunção da inocência, símbolo histórico da evolução do Estado democrático.

De acordo com Streck (2010, p. 163):

As teorias do direito e da Constitucionalização preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais-sociais previstas constitucionalmente não podem prescindir de um conjunto de princípios que tenham nitidamente a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada.

Portanto, todo o ordenamento jurídico está submetido à conformidade constitucional, de forma que a validade formal e material (substancial) da norma está condicionada ao conjunto de preceitos constitucionais, inexistindo legitimidade e validade fora dessa conjuntura.

Assim, a presunção da inocência é uma condicionante de legitimidade e validade do processo penal, como aponta Caleffi (2017, p. 16) em referência à Carrara, ao consigná-la como condição absoluta de legitimidade do procedimento judicial.

Enquanto norma de direito público internacional, a presunção da inocência permeia vários tratados, sendo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 1969, ratificada pelo Brasil, em 1992, determina em seu artigo 8.2 que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa.”

No Brasil, a presunção da inocência integrou o rol dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), dispondo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A doutrina e a jurisprudência abordam esse princípio sob três ângulos, como norma tratamento, norma probatória ou ainda norma de juízo. Enquanto norma de tratamento, a presunção da inocência deve ser respeitada como garantia ao investigado de que será tratado como inocente, não lhe sendo tolhido qualquer direito ou garantia processual.

Para Giacomolli (2014, p. 98):

A garantia da presunção de inocência produz seus efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado ou imputado. Veda formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da política ou do Ministério Público, afirmativas de autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes; as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, CF) ou fotográficas. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito.

Nesse viés, importa destacar que a medida privativa de liberdade aplicada ao réu cautelarmente, ou seja, antes da sentença transitada em julgado, não pode ser considerada uma antecipação da pena.

Conforme Maier (2004, p. 512-3, *apud* CALEFFI, 2017, p. 30):

La afirmación de que el imputado no puede ser sometido a una pena y, por tanto, no puede ser tratado como um culpable hasta que no se dicte sentencia firme condena, constituye el principio rector para expresar los límites de las medidas de coerción procesal contra él. Este principio rector, que preside la razoabilidad de la regulación y de la aplicación de las medidas de coerción procesales, se puede sintetizar expresando: repugna al Estado de Derecho, previsto em nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal.

Ainda que se entenda a liberdade como regra no processo penal, excepcionalmente as medidas restritivas de liberdade podem ser aplicadas. Para isso, o legislador estabeleceu instrumentos provisórios lastreados nos pressupostos do *fumus commissi delicti*, do *periculum in mora* e do *periculum libertatis*, além dos requisitos a serem justificados e fundamentados na decisão.

Para Moraes (2010, p. 503-4), a prisão cautelar é uma ferramenta jurídica de uso restrito, aplicada em situações excepcionais. Assegurando-se a devida proporcionalidade, deve ser transitória e verificada sua necessidade periodicamente. Deve ainda ser motivada e conferida a subsunção da previsão legal ao caso concreto, a fim de se evitar abusos e desvios de finalidade..

Sendo norma probatória, a presunção de inocência deve ser observada ao se analisar a forma como a prova foi produzida, bem como o que deve ser provado e a quem pertence o ônus da prova.

De acordo com Moraes (2010, p. 462):

O primeiro aspecto apontado da presunção de inocência como “norma probatória” (quem deve provar) refere-se ao ônus probatório no processo penal. A matéria é por demais extensa e já conta com significativo consenso doutrinário em todos os países nos quais o princípio está inserido em nível constitucional. Para todos eles, o ônus de provar no processo penal é da acusação, uma vez que, partindo o órgão acusador do pressuposto juspolítico do ‘estado de inocência’ do cidadão, é a ele que caberá demonstrar a sua tese pela culpa do indivíduo, e, portanto caberá a ele o ônus de demonstrar essa tese não pressuposta pela acusação.

Atuando como norma de juízo, a presunção da inocência deve ser observada ao se verificar se o lastro probatório é suficiente e coerente à formação da convicção do juízo ao fundamentar a decisão. A análise da aplicação do princípio *in dubio pro reo* e contribui para a compreensão da materialização da presunção da inocência, também nesta perspectiva.

Nas palavras de Suanes (2004, p. 148, *apud* CALEFFI, 2017, p. 42), ao tratar do princípio *in dubio pro reo*, o juiz criminal moderno busca assegurar as garantias do réu, observando a paridade de armas e a equidistância em relação às partes. Procura descobrir a verdade a partir de uma instrução processual limitada às regras e comportamentos éticos, tanto por parte do órgão acusador, quanto pelo órgão jurisdicional.

Portanto, o importante quanto à presunção de inocência, na condição de norma de juízo, é que cabe ao magistrado afastar a dúvida por meio de um mínimo probatório, capaz de sustentar, motivar idoneamente, toda decisão que proferir.

Assim, esse princípio deve ser aplicado em toda a sua amplitude, assegurando as garantias nela existentes, realizando-se sempre uma interpretação extensiva que preserve a literalidade do texto constitucional e evite qualquer restrição às liberdades individuais, contrária ao ordenamento jurídico e em prejuízo ao Estado democrático de Direito.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, proferiu recentemente uma série de decisões conferindo interpretação distinta à literalidade do texto constitucional. Pode-se apontar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 43 e n.º 44 e a mais comentada delas, o *Habeas Corpus* n.º 126.292, que autorizou “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”.

CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

A compreensão da execução provisória da pena privativa de liberdade no Brasil é marcada por uma oscilação jurisprudencial. Uma das razões se deve à Constituição Federal, promulgada em 1988, ser superveniente ao Código de Processo Penal, Decreto-Lei n.º 3.689/1941. Causa que, por si só, resulta na necessidade de interpretação do diploma processual em consonância ao texto constitucional.

Alguns dispositivos do Código de Processo Penal, apesar de sua latente inconstitucionalidade, só foram revogados posteriormente pela Lei n.º 11.689/08, que modificou a redação do art. 408, parágrafo 2º, e pelas Leis n.º 11.719/08 e n.º 12.403, que revogaram respectivamente os artigos 594 e 393, também do referido diploma legal.

Os artigos 408 e 594 previam como regra a decretação da prisão do réu após a sentença de pronúncia e para recorrer, enquanto o artigo 393, condicionava a liberdade do recorrente à fiança.

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciará-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.

[...]

§ 2º Se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso.

[...]

Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

As mudanças legais promovidas pela reforma indicavam uma adequação do Código ao texto constitucional, inclusive por ter estabelecido os requisitos da prisão preventiva (art. 312, do Código de Processo Penal) como parâmetro para a execução provisória da pena.

Assim, Moraes (2010, p. 445) descreve que:

[...] a reforma do Código de Processo Penal levada a cabo em meados de

2008 fez com que surgisse um novo alento no tema jurídico das prisões derivadas de decisões judiciais recorríveis. O legislador deixou claro, ao redigir o parágrafo único do art. 387 (referente às prisões em decorrência de sentença condenatória impugnável) e o § 3º do art. 413 (sobre prisão provisória derivada da pronúncia), que essas prisões deverão ter como critério legitimador os pressupostos, os requisitos e a finalidade estipulados para a prisão preventiva (art. 312 do CPP)”.

Desse modo, conforme lecionava Tucci (2001, p. 9-62, *apud* CALEFFI, 2017, p. 56), para que fosse autorizada a privação da liberdade do condenado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, seria necessário que o “ato decisório proferido pelo órgão jurisdicional colegiado de segundo grau, simultaneamente com a condenação, decretasse a prisão preventiva com o supedâneo num dos requisitos estatuídos no art. 312 do CPP”.

Da mesma forma, Pacelli (2012, p. 493) ao afirmar “somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo”.

Para Carvalho (2004, p. 151-2):

A Constituição proibiu terminantemente que o acusado fosse considerado culpado antes da sentença judicial transitada em julgado. De outro lado, previu e manteve as medidas cautelares de prisão, como o flagrante e a prisão preventiva, como não poderia deixar de fazer, porque instrumentos indispensáveis à legítima defesa da sociedade. Não previu a Constituição qualquer outro fundamento para a prisão que estes: a cautelaridade e a pena.

Ora, se o acusado não pode ser considerado culpado antes de assim declarado judicialmente, com que título se justifica encarcerá-lo antes da prolação da sentença final, fora dos dois casos permitidos, cautelaridade e pena?

Trata-se de prisão cautelar?

Não, não estão presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Trata-se de pena?

Não, pois não há pena sem o trânsito em julgado da sentença.

Então, essas modalidades de prisão – decorrente da sentença condenatória recorrível e decorrente da sentença de pronúncia – não são constitucionalmente admitidas; não se enquadram nas modalidades de prisão aceitas pela Constituição como exceções necessárias ao direito de liberdade.

A tese acima exposta foi muito bem desenhada no acórdão proferido no *Habeas Corpus* n.º 67.230, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que posteriormente se tornaria entendimento predominante a partir do *Habeas Corpus* n.º 84.078-7, do Supremo Tribunal Federal.

HABEAS CORPUS. CRIME TIPIFICADO NO ART. 1º, DO DECRETO-LEI N.º 201/67. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL.SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE COM BASE NO ARTS. 594 E 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.FUNDAMENTAÇÃO EM MAUS ANTECEDENTES E PARA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. Prevalecendo a interpretação mais substancial do princípio constitucional da presunção de inocência, tem-se que a regra é o direito de o réu apelar da sentença penal condenatória em liberdade; a exceção, recolher-se à prisão. A custódia cautelar somente será decretada quando presentes seus pressupostos (art. 312, CPP), os quais deverão ser declinados pelo juiz sentenciante, fundamentando a medida extrema, não sendo bastante a mera referência a maus antecedentes ou a reincidência (art. 594, CPP). 2. Inexiste, na espécie, motivação convincente se não foi indicado qualquer fato novo que justificasse a expedição de mandado de prisão. 3. Ordem concedida para revogar a determinação da prisão expedida em desfavor do ora Paciente, sem prejuízo de novo decreto prisional devidamente motivado.

O respeitável acórdão esposa perfeitamente a tese supramencionada, ao tratar a liberdade como regra, devendo a prisão atender aos requisitos da prisão preventiva (art. 312, do CPP).

Com o *Habeas Corpus* n.º 126.292, o Excelso Tribunal, autorizou a execução provisória da pena, negando assim, o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário aos tribunais superiores, em consonância com o artigo 637, do Código de Processo Penal, ou mesmo com o artigo 995, caput, do Código de Processo Civil, que passaram a ter apenas o efeito devolutivo.

Contrapondo-se aos fundamentos usados no *Habeas Corpus* n.º 126.269, Caleffi (2017, p. 60) argumenta que:

O artigo 995, caput, do Código de Processo Civil de 2015, assim como o revogado art. 27, § 2º, da Lei n.º 8.038, que se previa o recebimento dos recursos especial e extraordinário apenas no efeito devolutivo, deve ser compreendido como um dispositivo inaplicável ao processo penal e, portanto, incapaz de justificar a incidência da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Uma vez que os objetos tutelados pelas esferas civil e penal são absolutamente distintos, deve ser pontuado que a insurgência ora estabelecida em nada se relaciona com a presença (ou não) de determinado efeito recursal, mas, sim, ao fundamental direito à liberdade do indivíduo de ser presumido inocente. O raciocínio é idêntico no que concerne ao art. 637 do Código de Processo Penal, que estabelece que o recurso extraordinário não possui efeito suspensivo.

A execução provisória da pena não admite a reversão de seus efeitos, não é possível garantir ao executado, devolver ao réu um equivalente à liberdade perdida, caso venha a ser absolvido, pois é um bem indisponível. Ademais, os efeitos do cárcere extrapolam a materialidade, inexistindo uma forma de restituir ao preso

provisório, aquilo que perdeu indevidamente.

Nesse sentido, o voto divergente do Ministro Marco Aurélio Melo, no *Habeas Corpus* n.º 126.292:

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título. Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado

Segundo Oliveira (2012, p. 598):

O problema do processo penal é que, ao contrário do juízo cível, no qual a execução provisória é precedida de garantia real ou fidejussória, a execução provisória penal não contempla semelhante possibilidade. Uma vez executada, o provimento do recurso ou a concessão do *Habeas Corpus* (que, aliás, são muito frequentes) nada poderá fazer em relação ao tempo de encarceramento provisório. Nesses casos, como diria o ilustre poeta lusitano, Inês é morta. E a liberdade, *idem*.

Dessa forma, os dispositivos jurídicos usados para negar efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário, ficam superados, restando ao órgão jurisdicional promover o respeito ao preceito constitucional da presunção da inocência, que se fosse interpretado conforme estabeleceu o legislador, ou seja, na amplitude de sua literalidade, por si só, dispensaria qualquer outra discussão a respeito do efeito suspensivo desses recursos.

Com efeito, Caleffi (2017, p. 63) destaca que:

[...] impossibilitar o indivíduo de recorrer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seja pelo argumento da ausência de efeito suspensivo dos recursos federais, seja pela materialização do “duplo grau de jurisdição” ou, ainda pelo fato de a maior parte das irresignações

interpostas não serem acolhidas, é atestar que a atividade jurisdicional dos Tribunais Superiores (STJ e STF), para além de não resguardar, viola o direito do condenado de ter o reexame específico da sua situação jurídica. É estabelecer, por consequência, uma via recursal de mero rito de passagem, passivo e inerte frente à decisão proferida nas instâncias inferiores.

Sem dúvida, a partir de uma interpretação contrária a todo e qualquer limite semântico do art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal em relação à execução provisória da pena privativa de liberdade não só afrontaram de maneira definitiva garantias fundamentais do acusado, mas frustraram, também, todo um legado de conquistas democráticas da sociedade brasileira. Por força disso, acabou-se por deturpar toda a estrutura do devido processo legal, ao par que a prisão se torna regra em detrimento da liberdade, e a presunção de culpa regra em detrimento da presunção da inocência.

Diante da relevância do tema, Amaral (2016, p. 3 - 4) destaca que:

Sem subterfúgios: há uma enorme irresponsabilidade político-criminal envolvida na decisão do STF. Apenas como parâmetro, entre 2006 e 2014, uma em cada quatro decisões de HC do STJ modificava algum aspecto das decisões emitidas pelos julgados de segunda instância. E nem falemos daquelas decisões que são mantidas em sede do STJ e modificadas pelo STF, ou quem sabe dos julgamentos que acabam por ser anulados e reformados via recursos especiais e extraordinários pelas Cortes Superiores. O que se dirá dos expressos equívocos depois do cumprimento da pena erradamente? E nem que fosse apenas um caso! Trata-se do preço da democracia. Ou se opta pela inocência de todos ao preço inclusive da não punição de algum culpável, ou declararemos abertamente nossa aversão àquilo que custa de fato viver num ambiente democrático. Por outro lado, não se precisará maiores incursões empíricas para se surpreender com o simulacro do duplo grau de jurisdição a complicar ainda mais efetivação da presunção de inocência. É sabido que os julgamentos de segundo grau comportam-se não raro como meros ratificadores das decisões monocráticas operados numa lógica de eficientismo repressivo. Num ambiente em que os recursos são vistos como meras peças que retardam a punição dos culpados e geram impunidade, e não como instrumento de cidadania e de efetivação jurisdicional democrática, a normatividade constitucional terá vida frágil. E sempre soubemos bem sobre o lombo de quem mais ainda, recairão tais vulnerabilidades ao final.

Assim, a leitura realizada sobre presunção de inocência aplicada no *Habeas Corpus* n.º 126.292, do STF, coloca em xeque o próprio Estado de Direito, ferindo o princípio democrático, pois o texto constitucional, resultado da soberania popular, é claro ao definir a presunção da inocência em seu art. 5º, inciso LVII. Insta salientar que, assim como noutros estados democráticos, no Brasil já existia um parâmetro estabelecido, os requisitos da prisão preventiva, para a execução penal provisória, ademais, deixar de aplicá-lo, em sua máxima extensão sobre o pretexto de se negar executividade à decisão, é assumir a ineficiência do Estado.

Dessa forma, balizava o Ministro Eros Grau, Relator do *Habeas Corpus* n.º 84078/MG, do Pleno do STF, de 05 de fevereiro de 2009:

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço.

Ao apontar as diferenças entre o início do cumprimento da pena no Brasil e em outros estados, também democráticos, o Ministro Teori Zavaski, não questionou sobre a eficiência das instituições persecutórias daqueles.

A persecução penal nos Estados Unidos ou mesmo em Estados europeus como: França e Alemanha, citados pelo Ministro, são mais eficientes e suficientes à construção do *fumus comissi delicti*, pois conta com técnicas capazes de produzir um lastro probatório extremamente confiável.

Como se não bastasse a tecnologia aplicada à investigação, os Tribunais contam com uma estrutura superior à dos tribunais brasileiros. Portanto, nesse discurso, as perdas produzidas pela mora na persecução penal ou mesmo no andamento processual são minimizadas em detrimento das garantias processuais.

O Ministro Marco Aurélio, realça as distorções existentes na comparação realizada pelo Relator do *Habeas Corpus* n.º 126.292:

Veja-se, pois, que esta Corte, no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência, tal como esta se acha definida pela nossa Constituição, cujo art. 5º, inciso LVII (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), estabelece, de modo inequívoco, que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É por isso que se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal. Mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência.

Dessa forma, o discurso da ineficiência das decisões judiciais, sob a ótica do

Habeas Corpus n.º 126.292, apresenta o réu como o causador da mora judicial, imputa ao sistema recursal a responsabilidade sobre a mora da justiça criminal, ao afirmar que a execução penal provisória, após a condenação em segundo grau, permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que se coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária.

O Ministro Teori Zavascki, apresentou a execução provisória da pena, nos termos do referido aresto, como uma forma de promover um tratamento nivelado dispensado pelo judiciário aos diversos grupos sociais, declarando que a tese ora defendida “diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de “colarinho branco”, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”.

Insta questionar se não houve uma paridade ao nível inferior da melhor solução jurídica, prejudicando-se garantias fundamentais em nome de uma celeridade que não existe. Na visão do Ministro Marco Aurélio Mello, o que se fez foi “trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau”. Afinal, a falta de celeridade dos tribunais superiores ou mesmo de políticas de segurança pública eficiente não deve comprometer o sistema de garantias fundamentais constitucionais.

Os desdobramentos da tese vencedora no *Habeas Corpus* n.º 126.292, provocaram uma série de questionamentos. Assim, emergiu a possibilidade da execução provisória da sentença penal condenatória do Tribunal do Júri, sob os mesmos fundamentos do *Habeas Corpus* n.º 126.292, do STF.

3 O HABEAS CORPUS N.º 118.770, DA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O princípio da inocência ou não-culpabilidade, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, visto como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, passou recentemente por uma contínua e progressiva mitigação.

O julgamento do *Habeas Corpus* n.º 126.292, do STF, representou um momento marcante na história desse princípio, o qual passou a ser interpretado de forma relativa, ganhando espaço a tese de que é necessário o cumprimento de pena, ainda que não se tenha o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bastando, para tanto, uma decisão condenatória proferida por um órgão colegiado.

A relativização desse princípio se coaduna à concepção de que a Constituição Brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tanto que é pacífico o entendimento relativo à execução provisória da pena, nos casos em que o réu preenche os requisitos da prisão cautelar.

Nesta senda, o STF, a partir *Habeas Corpus* n.º 126.292, admitiu que, diante de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, dá-se o esgotamento recursal nas instâncias ordinárias e a execução da pena se torna uma exigência pública, uma necessidade para se garantir a credibilidade do judiciário e do sistema penal.

Como avanço e desdobramento desse entendimento, o Ministro Barroso, defendeu a tese de que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade, a qual prevaleceu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 118.770, no STF. Enfatizou também que, em regra, deve prevalecer a soberania das decisões dos jurados, ainda que pendente o julgamento da apelação.

No dia 05 de maio de 2016, o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, ao decidir liminarmente o *Habeas Corpus* n.º 118.770, admitiu e implementou a ordem, acolhendo a postulação da Defesa que alegou excesso de prazo e fragilidade da motivação para a continuidade da prisão preventiva. Dessa forma, ao fundamentar sua decisão, classificou-os como entraves à execução provisória, tendo em vista a não formação da culpa.

No dia 07 de março de 2017, os Ministros da Primeira Turma do Supremo

Tribunal Federal, ao julgarem, o *Habeas Corpus* n.º 118.770, acordaram, por maioria de votos, em não admitir a impetração e revogar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do acórdão. Logo, vencido o Ministro Marco Aurélio.

A relevância jurídica do venerando Acórdão consiste nas consequências da tese em que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade, isso independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso.

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, d). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, c), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular. 2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri. 3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso. 4. *Habeas Corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

No prisma do *Habeas Corpus* n.º. 118.770, do Supremo Tribunal Federal, considerando a impossibilidade de o acórdão do recurso de apelação não poder substituir a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, limitando-se, no máximo, a determinar a realização de novo julgamento, a soberania dos veredictos prevalece enquanto instituição idônea à formação da culpa, sem violar o princípio da presunção da inocência e suficiente à execução provisória da pena, independentemente dos requisitos de cautelaridade, dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal.

Como avanço e desdobramento desse entendimento, o Ministro Barroso defendeu a tese em que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri,

ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência. Foi o que prevaleceu no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 118.770, no STF. O Ministro enfatizou também que em regra deve prevalecer a soberania das decisões dos jurados, ainda que pendente o julgamento da apelação.

Por este ângulo, compreende-se que o art. 5º, inciso XXXVIII, “c”, consagrou a soberania dos veredictos enquanto preceito e garantia fundamental, de forma que suas decisões dispensem fundamentação e lhe seja garantida a imutabilidade. Portanto, os tribunais não podem substituir a decisão do conselho de sentença.

Essa nova leitura constitucional do princípio da inocência reduz ainda mais o seu alcance, permitindo a imediata e genérica execução provisória da pena. No caso em tela, o que se propõe efetivamente é a extensão desta compreensão às decisões condenatórias do Tribunal do Júri.

Entretanto, embora respeitável os argumentos utilizados na tese formulada pelo Ministro Roberto Barroso, o Direito, numa perspectiva dialética, permite o diálogo e a propositura de leituras distintas sobre o tema.

3.1 O EFEITO SUSPENSIVO E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO

Analisando a tese do Ministro Barroso, no *Habeas Corpus* n.º 118.770, algumas questões precisam ser apontadas. A primeira delas, partindo do pressuposto de que o *Habeas Corpus* n.º 126.292, permitiu a execução provisória da pena estabelecida no acórdão condenatório, ainda que pendente o trânsito em julgado – é o contrassenso de sua interpretação ao simplesmente ignorar o efeito suspensivo do recurso de apelação, previsto expressamente no Código de Processo Penal.

É necessário analisar a propositura do Ministro Barroso em face do art. 597, do Código de Processo Penal, em que a apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.

Como conciliar o efeito suspensivo da apelação sobre a sentença condenatória, uma disposição legal, taxativa e garantidora do princípio da presunção da inocência com a tese *in casu*? É adequado ao Ministro do Supremo Tribunal

Federal conferir interpretação conforme, atribuindo ao texto, produzido pelo Poder Legislativo, um sentido oposto? Pois, da forma como se decidiu, o texto de lei passou a impor outra leitura, ou seja, a apelação da sentença condenatória, exceto na sentença condenatória do tribunal do júri, terá efeito suspensivo.

Art. 597. A apelação de sentença condenatória terá efeito suspensivo, salvo o disposto no art. 393, a aplicação provisória de interdições de direitos e de medidas de segurança (arts. 374 e 378), e o caso de suspensão condicional de pena.

A apelação é um recurso ordinário e com efeito suspensivo, diferentemente dos recursos especial e extraordinário, destinados aos tribunais superiores. Portanto, ela no procedimento ordinário ou no procedimento do Tribunal do Júri, tem seu efeito suspensivo, como bem previu o legislador, inexistindo qualquer margem para a interpretação realizada pelo Ministro Barroso, interpretou de forma literalmente contrária ao texto legal.

Assim refere Paiva (2017, s.p.):

A invocação de um direito fundamental do réu contra o réu. Na nota de rodapé 5 do seu voto, o ministro Barroso defende uma interpretação conforme à Constituição ao artigo 597 do CPP, de forma a deixá-lo compatível com a soberania dos veredictos, permitindo, consequentemente, a execução provisória da condenação proferida pelo Tribunal do Júri. Temos aqui a invocação de um direito fundamental do réu — a ser julgado por um Tribunal do Júri soberano — contra o próprio réu, o que senão viola, pelo menos subverte toda a teoria dos direitos fundamentais. (grifos do autor).

Sob o argumento de que o acórdão do recurso de apelação não pode substituir a decisão do conselho de sentença, o Ministro negou à apelação o efeito suspensivo, igualando-a aos recursos extraordinários. No entanto, as hipóteses de cabimento do recurso de apelação, previstas no Código de Processo Penal não se confundem com as dos recursos extraordinários.

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

[...]

III - das decisões do Tribunal do Júri, quando:

- a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia;
- b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados;
- c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança
- d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos

§ 1º Se a sentença do juiz-presidente for contrária à lei expressa ou divergir das respostas dos jurados aos quesitos, o tribunal ad quem fará a devida

retificação.

§ 2º Interposta a apelação com fundamento no III, c, deste artigo, o tribunal *ad quem*, se lhe der provimento, retificará a aplicação da pena ou da medida de segurança

§ 3º Se a apelação se fundar no nº III, d, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

A nulidade posterior à pronúncia tem por fundamento os atos defeituosos realizados posteriormente à preclusão da pronúncia e ocorre normalmente em plenário. Alguns dos casos mais comuns, segundo Lopes (2017, p. 1025) são:

- a juntada de documentos fora do prazo estipulado no art. 479;
- participação de jurado impedido;
- inversão da ordem de oitiva das testemunhas de plenário;
- produção, em plenário, de prova ilícita;
- uso injustificado de algemas durante o julgamento;
- referências, durante os debates, à decisão de pronúncia ou posteriores, que julgaram admissível a acusação;
- referências, durante os debates, ao silêncio do acusado, em seu prejuízo;
- e, o mais recorrente: defeitos na formulação dos quesitos.

A alínea “b” do inciso III, do art. 593, do CPP, prevê os casos em que “for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados”. Há que se entender que na fase do Tribunal do Júri, cabe ao conselho de sentença o julgamento e ao juiz-presidente a dosimetria da pena, caso o réu seja condenado.

Nestes casos, o código prevê a possibilidade de apelação devido ao erro do magistrado, caso decida contra lei expressa ou de forma contrária à decisão dos jurados.

Assevera Lopes Jr. (2017, p. 1026) quanto aos erros *in judicando*:

O *decidir contra lei expressa* deve ser compreendido numa dimensão bem mais rasteira, de erro grave e primário na aplicação da lei penal ou processual penal (nos casos de desclassificação) ao caso penal. Situa-se no campo do decisionismo ilegítimo, da decisão arbitrária. São exemplos de decisões contra lei expressa, apeláveis com base neste fundamento legal:

- a) a sentença substitui a pena aplicada pelo homicídio doloso por prestação de serviços à comunidade em desacordo com os limites do art. 44 do CP;
 - b) fixar o regime fechado para o réu primário condenado a uma pena inferior a 8 anos;
 - c) decidir sobre o crime conexo sem submetê-lo a julgamento pelo júri;
 - d) quesitar sobre o crime conexo (de competência não originária do júri) logo após uma desclassificação própria;
 - e) não quesitar o crime conexo após uma desclassificação imprópria etc.
- Eventualmente, a discussão em torno do regime de cumprimento da pena erroneamente fixado pode gerar dúvida sobre a incidência da alínea “b” ou “c”. Não vislumbramos qualquer obstáculo a que o recurso seja conhecido e

julgado, pois realmente o limite – nessa matéria – nem sempre é tão claro, sendo por isso perfeitamente aplicável o princípio da fungibilidade recursal. No segundo caso, a sentença do juiz-presidente está em conflito com a decisão proferida pelos jurados, ou seja, não observa os limites dados pela decisão dos jurados ao responderem os quesitos. É uma peculiar espécie de incongruência. Ainda que, como longamente explicado anteriormente, a congruência ou correlação se estabeleça entre acusação-sentença, não vemos qualquer obstáculo a que se desenhe uma regra de congruência/correlação entre decisão do júri e sentença do juiz-presidente, pois também teremos sentenças *citra*, *extra* ou *ultra petita*. No Tribunal do Júri, a decisão dos jurados demarca o espaço decisório do juiz-presidente, de modo que a sentença incongruente é nula, pois viola o disposto no art. 5º, XXXVIII, da Constituição, que assegura a soberania dos veredictos e a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

São alguns exemplos de sentença incongruente:

- a) os jurados absolvem o réu e o juiz profere uma sentença condenatória, fixando a pena, e vice-versa;
- b) o júri condena por homicídio qualificado e o juiz realiza a dosimetria considerando a pena do homicídio simples;
- c) o júri reconhece uma privilegiadora e o juiz não faz a respectiva redução da pena;
- d) os jurados acolhem a tese defensiva de desclassificação de homicídio doloso para culposos e o juiz condena o réu por homicídio doloso;
- e) os jurados acolhem a tese de crime tentado, e o juiz profere sentença condenatória por crime consumado etc.

Situação completamente distinta sucede quando em plenário ocorre uma desclassificação própria, anteriormente explicada, em que os jurados negam a competência do júri para realizar o julgamento, passando todo o poder decisório para o juiz-presidente. Igual situação, ainda que com reflexos distintos em relação ao crime conexo, também se opera na desclassificação imprópria. Em ambos os casos, a decisão é proferida pelo juiz-presidente e o recurso cabível será a apelação do art. 593, I, e não a deste inciso III, pois estamos diante de uma sentença condenatória ou absolutória proferida por juiz singular.

Na alínea “c”, inciso III, do art. 593, do Código de Processo Penal, o recorrente apelará da pena ou medida de segurança aplicada. Neste caso existe congruência entre a decisão deliberada pelo conselho de sentença e a proferida pelo magistrado, entretanto, irredimido com a pena aplicada, o réu apela.

O erro na aplicação da pena pode ocorrer sob dois aspectos. Primeiramente, no uso do sistema trifásico. Neste caso, a fixação da dosimetria da pena contraria os parâmetros legalmente estabelecidos. Noutro aspecto, ocorre a injustiça na aplicação da pena. Ao analisar as variações possíveis na aplicação da pena, o magistrado as aplica de forma desproporcional. Exemplo disso seria a aplicação da pena base no máximo, sem que as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do Código Penal, sejam totalmente desfavoráveis ao réu.

Nesta hipótese, caso o tribunal *ad quem* der provimento ao recurso, deverá retificar a pena ou medida de segurança, substituindo a aplicada pelo tribunal *a quo*, conforme previsto no § 2º, do art. 593, do Código Penal.

Consoante a alínea “d”, do dispositivo ora em comento, poderá o réu apelar também quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. Nesse caso, várias questões precisam ser mais bem esclarecidas, por isso será retomado posteriormente.

Conhecendo as hipóteses de cabimento do recurso de apelação contra as decisões do Tribunal do Júri, e já tendo enfrentado a impropriedade do argumento da execução provisória da pena em contraposição à expressa previsão legal do efeito suspensivo da apelação, é possível pontuar os demais questionamentos sobre a tese da execução provisória e imediata da sentença condenatória proferida no Tribunal do Júri.

3.2 A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A tese em comento, em consonância com o *Habeas Corpus* n.º 126.292, do STF, tem como pressuposto a percepção de que a soberania dos veredictos é apta a formar a culpabilidade do réu, possibilitando, apenas excepcionalmente, que a sentença condenatória tenha seus efeitos suspensos. Assim, a sentença condenatória seria imediatamente executada e a aplicação do efeito suspensivo ficaria por conta do Tribunal.

Dessa forma, o Ministro Barroso firmou a tese do *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Excelso Tribunal, em que a apelação no Tribunal do Júri, só terá efeito suspensivo caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.

Para que se considere tal premissa, a soberania desse tribunal seria intangível, absoluta. Nesta senda, o Ministro Roberto Barroso, no *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do STF reforça que:

Essa forma de solucionar a questão se mostra compatível com a lógica adotada nas deliberações do Plenário Físico (HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki; ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio) e do Plenário Virtual por este Tribunal (ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki), relativamente à exequibilidade das condenações criminais após o julgamento em segundo grau de jurisdição. É que, como já observado, tendo em vista a competência privativa do Tribunal do Júri e a soberania dos seus veredictos, o Tribunal não pode rediscutir autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de substituir os jurados na apreciação de fatos e provas. Daí ser legítima a execução antecipada da condenação.

Para Grinover (1988, *apud* FELBERG, 2017, s.p.), a soberania dos veredictos é preceito estabelecido como garantia do acusado, podendo ceder apenas diante de norma que visa garantir os direitos de defesa e a própria liberdade.

Mirabete (1997, p. 921) afirma que a soberania dos veredictos é instituída como uma das garantias individuais, em benefício do réu, não podendo ser atingida enquanto preceito para garantir a sua liberdade. Não pode, dessa forma, ser invocada contra ele.

No mesmo sentido, Marques (1997, p. 54-5 *apud* TOURINHO FILHO, 2012 s.p.):

A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional. Os veredictos do Júri são soberanos enquanto garantem o jus libertatis. Absurdo seria, por isso, manter essa soberania e intangibilidade quando se demonstra que o Júri condenou erradamente

Outro ponto controvertido é o fato de não existir incompatibilidade entre a soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição. Conforme o voto do Ministro Barroso, no *Habeas Corpus* n.º 118.770:

[...] como já observado, tendo em vista a competência privativa do Tribunal do Júri e a soberania dos seus veredictos, o Tribunal não pode rediscutir autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de substituir os jurados na apreciação de fatos e provas. Daí ser legítima a execução antecipada da condenação [...]

O raciocínio se funda em argumentos insustentáveis e contrapostos à vontade do legislador. Em que pese o princípio da soberania dos veredictos ter previsão constitucional, não é absoluto, não deve prevalecer sobre o ordenamento jurídico, que necessita ser analisado sistematicamente.

Pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Ministro Moreira Alves, Relator do *Habeas Corpus* n.º 66.954 (31/03/1989), da 1ª Turma, ressaltou que “a expressão soberania dos veredictos — não pode ser interpretada liberalmente, mas de forma sistemática. Mesmo porque o vocábulo soberania não indica o significado de poder arbitrário e incontestável”.

O ministro Celso de Mello, relator do *Habeas Corpus* n.º 68.658, já destacava em 1991:

A soberania dos veredictos do Júri — não obstante a sua extração constitucional — ostenta valor meramente relativo, pois as manifestações decisórias emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere a esse órgão especial da Justiça comum o exercício de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos desse Tribunal Popular”

Em razão de o tema pesquisado ser muito recente, poucas são as literaturas sobre a tese do *Habeas Corpus* n.º 118.770, a execução provisória e imediata da sentença condenatória do Tribunal do Júri. Nesse contexto, dentre os poucos textos sobre a tese, Paiva (2017, s.p.) em seu artigo “Soberania dos veredictos não autoriza execução imediata da condenação” aborda o tema de forma bastante crítica, ao afirmar que:

Em primoroso estudo sobre o devido processo penal, Nereu José Giacomolli afirma que “Fosse absoluta a soberania, não se justificaria o Tribunal de apelação determinar um novo julgamento”. Contextualizando o tema a partir das características do Estado de Direito, Fauzi Hassan Choukr defende que “a possibilidade de revisão [das decisões do Júri] justifica-se pela estrutura do Estado Democrático, em que inexistem atividades de poder estatal ‘absolutas’”, concluindo que “Ao não se admitir a revisão dos veredictos (numa imperfeita visualização do primado constitucional), estar-se-ia instituindo uma função estatal sem controle, impensável no sistema do Estado de Direito”.

Assim, não é difícil perceber o equívoco do silogismo empreendido pelo ministro Barroso, pois a premissa de que o Tribunal não pode substituir o convencimento dos jurados na apreciação dos fatos e das provas, embora verdadeira, apenas delimita — e não elimina, repita-se — a competência recursal da segunda instância, em nada legitimando a suposta lógica do resultado interpretativo, pois o exercício do duplo grau pode invalidar o julgamento e implicar que outro seja realizado.

[...]

Conclusão

Primeiro se admitiu a execução antecipada da pena após o segundo grau. Agora, já se está admitindo a execução da pena após a sentença — de primeiro grau — do Tribunal do Júri. Até onde se irá para convergir o processo penal com as expectativas sociais? Que o sistema de justiça criminal possui déficits de eficiência no processamento das causas penais, adiando em alguns casos a justa pretensão da vítima e da sociedade de ver punidos os culpados, estamos de acordo. Quanto às formas de modificar este cenário e principalmente sobre quem irá pagar pela ineficiência do Estado, porém, registro a minha respeitosa divergência ao entendimento do STF. E assim o faço com este breve texto, concluindo que:

A ideia de eficiência do sistema penal deve encontrar limites; (II) Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, salvo excepcionálíssimas divergências, sempre entenderem que a decisão do Tribunal do Júri não é imediatamente exequível; (III) A ponderação em matéria penal é um jogo no qual o réu jamais vencerá, pois seus direitos são — equivocadamente —

considerados individuais quando comparados com o interesse público da sociedade na efetivação da lei penal; (IV) A soberania dos veredictos não é absoluta e convive em harmonia com o sistema recursal desenhado pelo CPP; (V) O fato de o tribunal, no julgamento de apelação contra decisão do Tribunal do Júri, não estar legitimado a efetuar o juízo rescisório, em nada influencia nem tampouco implica na execução imediata da sentença condenatória, pois permanece incólume a sua competência para efetuar o juízo rescindente e determinar, se for o caso, um novo julgamento.

O artigo supracitado expõe o contrassenso da tese defendida do Ministro Barroso, destacando a necessidade de limites aos poderes do próprio Estado, caracteriza o Estado democrático de direito, atando o discurso de que a impossibilidade de substituição da decisão pelo tribunal *ad quem* é suficiente para a exequibilidade à sentença condenatória do Tribunal do Júri.

Noutro ponto, esclarece a incongruência existente na ponderação entre o direito à efetivação da decisão, enquanto direito social, em oposição aos direitos do réu, enquanto direitos individuais. As liberdades e garantias individuais, representam uma vitória contra as arbitrariedades do Estado em detrimento do cidadão. Apesar de individuais, são direitos humanos garantidos a qualquer ser humano que integre uma sociedade, são direitos de primeira geração. Ademais não se opõem à efetividade das decisões, como muito bem retrata o referido autor. Afinal, não é por meio da supressão desses direitos que o Estado irá alcançar tal efetividade.

Assim, define Mendes (2008, p. 114):

[...] as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade [...]

Os recursos de apelação, com fulcro no art. 593, inciso III, alínea “d” enfrentam uma construção cognitiva consolidada na doutrina e jurisprudência brasileira, em que o Tribunal *ad quem* tem reduzida margem para decidir, de forma que o apelo somente dever ser provido quando a decisão for absolutamente dissociada das provas dos autos, não existindo qualquer base probatória.

Apontando essa preferência jurisprudencial, Lopes Jr. (2017, p. 1032) esclarece as fragilidades do das decisões desta orientação ao afirmar que:

Considerando que o processo, por essência, apresenta duas versões antagônicas, sempre haverá como sustentar a existência de “alguma” prova para legitimar a decisão, especialmente quando condenatória.

Convenhamos que uma decisão, efetivamente, sem nenhum amparo probatório não habita o campo real do processo, até porque, se não houvesse nenhum suporte probatório à tese acusatória, por exemplo, o processo jamais teria nascido. E, se admitida a denúncia, ou seria o réu absolvido sumariamente ou impronunciado.

Existe uma extensa margem para se questionar até que ponto a decisão dos jurados deve ser contrária ou manifestamente contrária às provas dos autos, para que a apelação seja provida. Dessa forma, se estabelece um ambiente vago, passível de decisões discricionárias, possibilitando assim, condenações em provas extremamente frágeis, insuficientes para se sustentar uma condenação, contrariando o princípio constitucional *do in dubio pro reo*. Portanto, a soberania dos veredictos deve ser abordada de forma sistemática.

Assim, se refere Lopes Jr., (2017, p. 1032-3):

Ainda que não se queira reconhecer, esse conjunto de fatores cria uma situação ambígua, nebulosa, com amplo espaço de imprópria discricionariedade decisória por parte do tribunal ad quem, deixando as partes à mercê de um novo decisionismo, agora disfarçado. É elementar que sempre haverá um mínimo de provas, para qualquer lado que se queira olhar. E, para reduzir o problema, estão os princípios que regem as provas, especialmente o *in dubio pro reo*, a exigir, para condenar, que a prova deve ser robusta, com alto grau de verossimilhança. Do contrário, a absolvição se impõe. Mas no Tribunal do Júri as coisas não funcionam assim; primeiro porque os jurados julgam por íntima (e arbitrária) convicção, não fundamentando sequer, e, após, em grau recursal, porque se abre a possibilidade de o tribunal decidir como bem entender, bastando usar uma boa retórica para legitimar sua decisão. E nem é preciso tanto exercício argumentativo assim; basta recorrer ao dogma da supremacia do júri e da exigência de uma decisão “manifestamente” contrária à prova dos autos e negar provimento ao recurso. E, quando o tribunal quiser prover o apelo, afirma que a decisão é (na sua visão) “manifestamente” contrária à prova dos autos e submete o réu a novo julgamento. A abertura da fórmula legal permite ao tribunal decidir como bem entender; basta um mínimo de manipulação discursiva.

O julgamento no Tribunal do Júri, não assegura todas as garantias do réu, já que em regra, é necessário prova cabal, o convencimento motivado do magistrado para que o réu venha a ser condenado. Nesse Tribunal, basta que exista prova nos autos, ainda que desconectada, do conjunto probatório. No caso, ainda que exista um lastro probatório produzido pela defesa, é possível que o réu seja condenado, pois o conselho de sentença poderá condená-lo, mesmo que com fundamentando em provas frágeis. O conflito ente os princípios constitucionais da soberania dos veredictos e da presunção da inocência deve ser resolvido de forma a se resguardar as garantias e liberdades individuais.

Lopes Jr. (2017, p. 1033) assim se refere sobre o tema:

Quanto ao argumento da “soberania das decisões do júri”, invocado como dogma absoluto pelos passionais defensores do júri, deve-se fazer um importante questionamento: e o igualmente fundamental direito à presunção de inocência? Como resolver esse conflito? Não é pretensão desta obra fazer um estudo sobre a colisão em sentido amplo ou em sentido estrito de direitos fundamentais, mas essa questão sequer é ventilada pelos tribunais e pela doutrina processual penal brasileira nesse tema. Primeiro, deve-se reconhecer o problema e a impossibilidade de um tratamento reducionista como tem sido dado até então, para, após, buscar a solução desse conflito (aparente?), que nos parece passa pelo estudo das diferentes propostas que orbitam em torno do Princípio da Unidade da Constituição.

[...]

Partindo disso, diferentes “soluções” são propostas pelos constitucionalistas, sendo as principais aquelas que sustentam, em síntese, o estabelecimento de uma hierarquia de direitos fundamentais, passando pela precedência dos valores relativos às pessoas sobre os valores de índole material, o recurso à concordância prática até chegar à posição adotada pela Corte Constitucional alemã do estabelecimento de uma ponderação de bens tendo em vista o caso concreto, isto é, uma recusa à fixação a priori de uma hierarquia precisa entre direitos individuais e outros constitucionalmente consagrados. A ponderação deve ser feita a partir das circunstâncias do caso (penal) concreto.

Importa-nos, mais do que apontar “soluções”, alertar para o problema, que sequer é ventilado, voltamos a dizer, pelo senso comum teórico e jurisprudencial brasileiro. O que não se pode continuar fazendo é fechar os olhos para o conflito entre a soberania do júri e a presunção de inocência do réu (sem falar na ampla defesa, devido processo, fundamentação das decisões etc.). Tampouco se pode aceitar o reducionista argumento da “prevalência” (sem limites?) da soberania do júri, que não encontra nenhum fundamento de hermenêutica constitucional que o legitime.

Em suma, essa sistemática recursal, somada à estrutura do Tribunal do Júri brasileiro, cria um terreno fértil para uma patológica administração da justiça.

Importante destacar o cabimento da revisão criminal (art. 621, do CPP), inclusive, das condenações pelo Tribunal do Júri. Direito subjetivo do condenado, que pode resultar em mudança da decisão pelo próprio tribunal revisor, o que demonstra claramente o caráter relativo da soberania dos veredictos, já que a decisão do Tribunal do Júri, evidentemente pode ser substituída pela decisão de um tribunal togado.

Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Penal sobre a revisão criminal:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Mesmo inserta no capítulo do Código de Processo Penal que trata dos recursos, a revisão criminal é uma ação de impugnação e tem sua competência originária estabelecida nos tribunais. Com previsão legal no art. 621, do CPP, a revisão criminal, excepcionalidade no processo penal, é o instrumento cabível para se combater a sentença ou acórdão condenatórios com trânsito em julgado - ou seja, formada a coisa julgada - que tragam como objeto alguma das situações previstas no dispositivo supracitado.

Lopes Jr. (2017, p. 1096) descreve que:

A revisão criminal situa-se numa linha de tensão entre a “segurança jurídica” instituída pela imutabilidade da coisa julgada e a necessidade de desconstituí-la em nome do valor justiça. Se de um lado estão os fundamentos jurídicos, políticos e sociais da coisa julgada, de outro está a necessidade de relativização deste mito em nome das exigências da liberdade individual.

Ainda que seja uma excepcionalidade no processo penal, a revisão criminal é mais um exemplo de relativização do princípio da soberania da dos veredictos, e não deve se sobrepor aos direitos e garantias assegurados constitucionalmente aos indivíduos.

Assim, pondera Oliveira Júnior (2009, p.166, *apud* DOTTI, 207 s.p.), desembargador, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O júri popular exercitando um julgamento político, ou simplesmente fático - e não jurídico - não detém o atributo de quem fala por último, sem que se possa dar o dito pelo não dito. Não se há de confundir, como assinalado por Marcus Vinícius Amorim de Oliveira,¹⁸ 'soberania com onipotência insensata e sem freios'. Afinal, o poder dos jurados, consistente em julgar sem fundamentação jurídica, ao reverso de certo indicativo constitucional (CF, art. 93, inc.IX),¹⁹ "não pode colidir com o direito à plenitude de defesa do réu, em que se incluem o contraditório, o princípio da reserva legal e o princípio da presunção de inocência. Daí a necessidade da existência de mecanismos de controle da legalidade da decisão dos jurados.

Entendimento presente no ARE 674.151-MT, de 15/10/2013, relatado pelo Ministro Celso de Mello:

“REVISÃO CRIMINAL – TRIBUNAL DO JÚRI – SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO – ART. 621, INCISO I, DO CPP – ERRO JUDICIÁRIO POR CONTRARIEDADE À EVIDÊNCIA DOS AUTOS – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – ART. 626 DO CPP – PEDIDO REVISIONAL PROCEDENTE. O Tribunal, julgando procedente a ação revisional por contrariedade à evidência dos autos, está autorizado a rescindir a condenação para absolver o réu.” (grifei)

Os fundamentos da decisão acima, se contrapõem à defesa da soberania dos veredictos, enquanto preceito absoluto. O Ministro Relator, em referência ao Ministro Orosimbo Nonato, destaca que o Tribunal do Júri foi criado em favor do réu, da preservação dos valores locais, de maneira que os populares possam, a partir de uma visão leiga, flexível e conectada à percepção da realidade, escolher os valores sociais, políticos e morais que devam prevalecer.

Ainda no ARE n.º 674.151-MT da Primeira Turma, o Ministro Celso de Melo complementa:

o estabelecimento ou restabelecimento da soberania do Júri se deu em favor da liberdade, com o entregar-se o julgamento de certos casos não a Juiz togado, senão ao popular mais flexível e humano em seus julgamentos, mais apto a apreender os diversos aspectos do delito, e a proferir veredictos sem os grilhões de preconceitos jurídicos. Foi em proveito da liberdade que se estabeleceu a soberania do Júri, e seria proteção contrária à 'mens legis', imprimir à decisão do Júri caráter irremediável, quando a solução fosse adversa àquela liberdade.

Ao se assegurar constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a" a soberania dos veredictos, não se concebeu um princípio absoluto, supremo, que tornaria a decisão dos jurados infalível e imutável, mas sim um instituto que valorize a soberania popular no tocante ao julgamento dos crimes contra a vida.

O princípio da soberania dos veredictos se funda na valorização das liberdades individuais, da democracia (palavra de etimologia grega derivada da aglutinação das palavras *demos*=povo e *Kratos*= poder), deve ser interpretado em favor do réu, não o contrário, como prevaleceu no *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, ao princípio da soberania dos veredictos deve ser aplicada uma exegese contextualizada, pois é uma garantia do acusado, não dos jurados. Portanto ao se contrapor a soberania dos veredictos à presunção de inocência, não há que se falar em colisão de princípios constitucionais, mas sim numa interpretação constitucional adequada, que considere a função dos princípios em cada caso concreto, realizando-se as ponderações necessárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um Código de Processo Penal ainda não interpretado integralmente, à luz do texto constitucional, a justiça criminal se mostra muito mais propícia à acusação que à defesa, a começar pelo aparelhamento do órgão acusador, o Ministério Público, que conta com relativa autonomia administrativa e competência investigatória. Por outro lado, a estrutura da Defensoria Pública não supre as necessidades básicas do jurisdicionado.

A paridade de armas no processo penal brasileiro se mostra comprometida. Enquanto o órgão acusador se impõe no processo, usufruindo de sua oficiosidade, quase que transferindo o ônus da prova, a advocacia criminal tem sua atividade marginalizada, num contexto em que as garantias e liberdades individuais são rotuladas como "privilégios de marginais".

No tocante ao sistema processual penal, em que pese a maioria doutrinária definir o processo penal brasileiro como acusatório ou misto, uma simples leitura do Código de Processo Penal, à luz da Constituição Federal, é suficiente para descartar um conjunto de dispositivos inquisitoriais presentes na prática processual forense.

O aumento da criminalidade, derivado dentre outras causas, de um conjunto de políticas de segurança pública ineficientes, ou mesmo de um judiciário incapaz de produzir um processo penal célere, provocaram a sensação de que a retirada de garantias e direitos fundamentais historicamente reconhecidos, fosse a resposta mais adequada a se garantir a efetividade da função jurisdicional penal.

Nesse contexto, o judiciário produziu decisões como o *Habeas Corpus* n.º 126.292, em que o Excelso Tribunal, autorizou a execução provisória da pena, após a condenação por Tribunal, negando o efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário aos tribunais superiores, confirmada pelas ações declaratórias de constitucionalidade n.º 43 e 44, que trataram do art. 283, do Código de Processo

Penal.

Como desdobramento dessas decisões que colocaram em xeque o princípio da presunção da inocência, a Primeira Turma do STF, fixou a tese do Ministro Luiz Roberto Barroso, permitindo a execução provisória, imediata e genérica das sentenças condenatórias do tribunal do júri.

Enfim, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n.º 118.770 - ao fixar a tese na qual a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola a presunção de inocência ou não-culpabilidade - feriu a constituição ao dar preferência à soberania dos veredictos, sob o discurso de impossibilidade da substituição da decisão dos jurados pela do tribunal *ad quem*, em detrimento do princípio da presunção de inocência.

Desse modo, na esteira do *Habeas Corpus* n.º 126.292, do STF, a interpretação resultou em retrocesso histórico ao conjunto de direitos e garantias fundamentais, já que sob o argumento da necessidade de promover a efetividade das decisões, negou a aplicação de garantias asseguradas expressamente na Constituição Federal, pois o texto é claro ao afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória constitucional”.

Por fim, a decisão suprimiu o efeito suspensivo da apelação, atribuindo interpretação conforme ao texto constitucional, desprezando a também constitucional presunção de inocência, contrariou a Lei de Execução Penal, que estabelece para o cumprimento de pena a sentença condenatória com trânsito em julgado, já que a prisão provisória não pode ser considerada antecipação de pena e exige requisitos específicos.

Ainda, descartou as disposições legais do próprio código de processo penal, em especial os artigos 674 e 675, do CPP, que determinam a expedição de guia de recolhimento e mandado de prisão para o início do cumprimento da pena “após o trânsito em julgado”. Portanto, a tese fixada no *Habeas Corpus* n.º 118.770, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, de autoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, contraria a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional.

Afinal, como questionou o Ministro Marco Aurélio na ADC n.º 43, até quando dados meramente estatísticos poderão autorizar essa inaceitável hermenêutica de submissão, cuja utilização resulte, como efeito perverso, gravíssima e frontal transgressão ao direito fundamental de ser presumido inocente?

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AMARAL, Augusto Jobim do. Presunção de inocência – A pré-ocupação de inocência e o julgamento do HC 126.292/SP pelo STF. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, Ano 24, n. 281, p. 3 – 4, abril-2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: QUARESMA, Regina (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.Compilado.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Promulgação Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 67230/RS**, Quinta Turma. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, julgamento: 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://dj.stj.jus.br/20100512.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 44**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE n.º 674151-MT**. Primeira Turma. Relator Ministro Celso de Melo, DF, julgamento em 15 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24269363/recurso-extraordinario-com-agra>>

vo-are-674151-mt-stf>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 118.770/SP**, Primeira Turma. Relator Ministro Marco Aurélio, DF, julgamento em 07 de março de 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12769406>>. Acesso em: 29 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, julgamento em 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 68.658/SP**. Primeira Turma. Relator Ministro Celso de Melo, DF, julgamento em 06 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71129>>. Acesso em: 30 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 84078/MG**, Tribunal Pleno. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, DF, julgamento em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>> Acesso em: 29 out. 2017.

CALEFFI, Paulo Saint Pastous. **Presunção de inocência e execução provisória da pena no Brasil**: Análise crítica e impactos da oscilação jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015,

DOTTI, René Ariel. **Execução imediata da condenação pelo júri - um equivocado exemplo de ativismo judicial**. Migalhas, publicado em: 18 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/depeso/16,mi257476,81042-execucao+imediata+da+condenacao+pelo+juri+um+equivocado+exemplo+de>>. Acesso em: 02 out. 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. 8ª ed. Elaine Nassif. 1ª ed. Campinas/SP: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FELDENS, L. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade do controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 33.

FERNANDES, Antonio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona, Bosh, 1935.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do Outro**: estudos de teoria política. Trad.: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro, **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Salvador: Editora jusPODIVM, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo Saraiva. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 3ª ed. Saraiva.

MENDES, Soraia da Rosa; CARVALHO, Marília Araújo Fontenele de. **A demonização do direito de defesa**. publicado em 27 abr. 2017. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/a-demonizacao-do-direito-de-defesa>>. Acesso em: 04 out. 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Maurício Zanoide de. **A presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. **Soberania dos Verdictos não autoriza execução imediata da condenação**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-28/tribuna-defensoria-soberania-verdictos-nao-autoriza-execucao-imediata-condenacao>>. Acesso em: 15 out. 2017.

PARENTONI, Roberto. **Na prática, a paridade de armas no processo penal é mera ficção jurídica**. Canal ciências criminais, publicado em 14 fev. 2017. Disponível em: <[https://canalcienciascriminais.com.br/paridade-armas-proces so-penal/](https://canalcienciascriminais.com.br/paridade-armas-proces-so-penal/)>. Acesso em: 13 nov. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Protogênese do protagonismo judicial em *terrae brasiliis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bozan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário de

Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, n.6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2012. **Pode o Juízo Revidendo absolver o réu condenado pelo Tribunal do Júri?**. Migalhas, publicado em: 01 mar. 2012. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150849,41046-Pode+ o+ Juizo+Revidendo+absolver+o+reu+condenado+pelo+Tribunal+do+Juri](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI150849,41046-Pode+o+Juizo+Revidendo+absolver+o+reu+condenado+pelo+Tribunal+do+Juri)>. Acesso em: 30 out. 2017.

UNICEF BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** Disponível em: <www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. apud. FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. Liberdades Públicas São Paulo, ed. Saraiva, 1978.